

WYROK

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Joy Global (Poland) sp. z o.o. z siedzibą w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju

przy udziale wykonawcy Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – uczestnika po stronie zamawiającego
orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1.
2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 4631/24

Uzasadnienie

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest najem poremontowego kombajnu ścianowego z elektrycznym systemem posuwu dla potrzeb JSW S.A. KWK „Pniówek” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 sierpnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 512840-2024 (OJ S 166/2024).

I. W dniu 9 grudnia 2024 r. wykonawca Joy Global (Poland) sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp poprzez to, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie odrzucił oferty wykonawcy Eickhoff Polonia Ltd. sp. z o.o. (dalej: „wykonawca Eickhoff”), która nie spełniała warunków zamówienia i zaprosił wykonawcę Eickhoff do udziału w aukcji elektronicznej,

podczas gdy na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podlegają odrzuceniu przez zamawiającego. Co więcej, na podstawie art. 232 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej tylko oferty, które nie podlegają odrzuceniu. Pomimo, że oferta wykonawcy Eickhoff podlegała odrzuceniu, Zamawiający oferty tej nie odrzucił i zaprosił wykonawcę Eickhoff do udziału w aukcji elektronicznej. Naruszenie to mogło mieć przy tym wpływ na wynik sprawy, ponieważ gdyby Zamawiający zastosował powyższe przepisy, to odrzuciłby ofertę wykonawcy Eickhoff, którą ostatecznie Zamawiający uznał za najkorzystniejszą.

2)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 107 ust. 4 ustawy Pzp i art. 362 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie przez Zamawiającego uprawnień i wzywanie wykonawcy Eickhoff do poprawienia oferty i usunięcia jej braków poprzez tworzenie w niej treści uprzednio niezawartych,

podczas gdy na gruncie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający uprawniony był wyłącznie do żądania wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów, a art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wprost zabrania Zamawiającemu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty i zmieniania jej treści. Pomimo tego Zamawiający umożliwił wykonawcy Eickhoff trzykrotne zmienienie oferty, w ten sposób negocjując z wykonawcą Eickhoff jego ofertę. Naruszenie to mogło mieć przy tym wpływ na wynik sprawy, ponieważ gdyby Zamawiający poprawnie zastosował przepis, to nie umożliwiłby wykonawcy Eickhoff zmiany oferty i odrzuciłby ją jako niespełniającą warunków zamówienia.

3)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez umożliwienie wykonawcy Eickhoff zmiany oferty i faworyzowanie w ten sposób wykonawcę Eickhoff wobec Odwołującego,

podczas gdy art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wymaga, aby Zamawiający prowadził Postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Pomimo tego Zamawiający nie prowadził postępowania w ten sposób, faworyzując wykonawcę Eickhoff i umożliwiając mu zmianę oferty. Naruszenie to mogło mieć przy tym wpływ na wynik postępowania, ponieważ gdyby Zamawiający traktował obydwa wykonawców biorących udział w Postępowaniu równo, to nie kierowałby wezwań do wykonawcy Eickhoff umożliwiających mu zmianę jego oferty, a zamiast tego odrzuciłby ofertę tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty w Postępowaniu.
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu.
- odrzucenia oferty wykonawcy Eickhoff na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

II. Pismem wniesionym w dniu 8 stycznia 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu bezpodstawnego zaproszenia wykonawcy Eickhoff do udziału w aukcji elektronicznej z uwagi na upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Zamawiający przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 10 stycznia 2025 r.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Eickhoff Polonia Ltd. Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. W piśmie z dnia 11 grudnia 2024 r. wykonawca Eickhoff przedstawił stanowisko w sprawie i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 362 pkt 1 ustawy Pzp poprzez to, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie odrzucił oferty wykonawcy Eickhoff, która nie spełniała warunków zamówienia i zaprosił wykonawcę Eickhoff do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący stwierdził, że ofertę złożoną przez wykonawcę Eickhoff Zamawiający powinien był uznać za niezgodną z warunkami zamówienia w następującym zakresie:

- wadliwie obliczona wysokość urabiania (pkt 3.1.1 uzasadnienia odwołania),
- wadliwie obliczone pole przekroju poprzecznego (pkt 3.1.2 uzasadnienia odwołania),
- sprzeczne szerokości lemiesza ładowarki oraz transportującej go platformy transportowej (pkt 3.1.3 uzasadnienia odwołania),
- przedstawienie rysunków technicznych dwóch różnych maszyn lub części technicznych odnoszących się do innej maszyny, co uniemożliwia określenie faktycznego przedmiotu oferty wykonawcy Eickhoff (pkt 3.1.4 uzasadnienia odwołania),
- niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie mocy silników napędów organów (pkt 3.1.5 uzasadnienia odwołania).

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty – przez

Odwołującego i wykonawcę Eickhoff. W dniu 18 września 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o tym, że aukcja elektroniczna odbędzie się w dniu 23 września 2024 r. o godz. 10:00, a zaproszenie, o którym mowa w art. 232 ustawy Pzp, zostanie w imieniu Zamawiającego przekazane przez organizatora aukcji. Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 23 września 2024 r. Pismem z dnia 23 września 2024 r. Zamawiający poinformował w wyniku aukcji elektronicznej, tj. że największą ilość punktów uzyskała oferta wykonawcy Eickhoff.

Zgodnie z art. 227 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp ilekroć w ustawie Pzp jest mowa o warunkach zamówienia należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się - w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne – w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji.

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp (odpowiednik art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp z 2004 r.) w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 odwołanie wnosi się - w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 28 lutego 2013 r. (III CZP 107/12) *w sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przestania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)*. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu ww. uchwały „Termin do złożenia odwołania określony w art. 182 ust. 3 ZamPublU rozpocznie zatem swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego zaskarżalnych czynnościach, co do których (uprzednio) zamawiający nie przesłał informacji (art. 182 ust. 1 ZamPublU). Bez znaczenia jest przy tym to, czy czynności, o których uzyskał informację wykonawca należą do kategorii czynności objętych obowiązkiem informacyjnym czy też nie. Artykuł 182 ust. 3 ZamPublU ma zastosowanie wobec braku aktywności informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności zaskarżalnych podjętych w toku postępowania przetargowego.”.

Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności faktyczne oraz przepisy ustawy Pzp należy stwierdzić, że termin na podniesienie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Eickhoff i zaproszenia tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej winien być liczony od dnia, w którym Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego, że w Postępowaniu zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna. Jak wynika z przepisu art. 227 ust. 1 ustawy Pzp aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona, jeżeli w postępowaniu złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Z kolei zgodnie z przepisem art. 232 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do udziału w

aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. W Postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty – przez Odwołującego oraz wykonawcę Eickhoff. W związku z tym, już w dniu poinformowania przez Zamawiającego o tym, że zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna, Odwołujący uzyskał informację, że oferta wykonawcy Eickhoff została uznana za niepodlegającą odrzuceniu. W przeciwnym razie nie byłoby możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej (gdyby nie było dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu). Kolejnym potwierdzeniem takiego wyniku badania ofert przez Zamawiającego powinien być dla Odwołującego fakt przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a następnie poinformowanie o jej wyniku, tj. że największą ilość punktów uzyskała oferta wykonawcy Eickhoff. Ponadto, zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący mógł pozyskać ofertę wykonawcy Eickhoff wraz z załącznikami w terminie wynikającym z tego przepisu, tj. niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert (tj. najpóźniej 19 września 2024 r.). Z ustaleń dokonanych na rozprawie wynika, że Odwołujący zaniechał złożenia wniosku o udostępnienie mu oferty wykonawcy Eickhoff wraz z załącznikami bezpośrednio po otwarciu ofert. Skład orzekający zwrócił uwagę na to, że w ramach uzasadnienia zarzutu dotyczącego błędnego obliczenia pola przekroju poprzecznego (pkt 3.1.2 uzasadnienia odwołania) Odwołujący powołał się na dane dotyczące wielkości między blachą denną przenośnika a korpusem kombajnu oraz dotyczące wielkości wewnętrznej szerokości przenośnika przedstawione przez wykonawcę Eickhoff w ramach wyjaśnień z dnia 9 października 2024. Jednakże, po pierwsze, z ustaleń dokonanych na rozprawie wynika, że dane dla tych parametrów (choć inne wartości) zostały podane już na etapie składania oferty i do nich należało się odwołać. Niezależnie od tego (a zarazem po drugie), postawiony zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Eickhoff i zaproszenia go do udziału w aukcji elektronicznej, a zatem badania oferty wykonawcy Eickhoff przeprowadzonego przez Zamawiającego przed aukcją elektroniczną. Czynności Zamawiającego po aukcji elektronicznej dotyczy zarzut nr 2. Jednakże, w ramach tego zarzutu (nr 2) Odwołujący podnosi, że skierowane przez Zamawiającego do wykonawcy Eickhoff wezwania były nieuprawnione i w konsekwencji za takie należy również uznać pozyskane w ten sposób zmiany treści oferty (tj. nie należy ich brać pod uwagę). Izba podziela to stanowisko Odwołującego, a argumentacja w tym zakresie została przedstawiona poniżej w odniesieniu do zarzutu nr 2. Podobną uwagę należy poczynić w odniesieniu do uzasadnienia przedstawionego w pkt 3.1.1. Odwołujący podał tu dwie wysokości kombajnu: 1631 mm oraz 1618 mm. Druga wartość nie pochodzi z oferty wykonawcy Eickhoff z 16 września 2024 r. i wydaje się, że w tym zakresie doszło do omyłki ze strony Odwołującego, gdyż jako dowód potwierdzający tę wartość przywołał on Charakterystykę techniczną stanowiącą załącznik do oferty wykonawcy Eickhoff z 16 września 2024 r. Nawet jeśli nie jest to omyłka, to w tym zakresie Izba ponawia stanowisko zaprezentowane powyżej w zakresie pkt 3.1.2 uzasadnienia odwołania.

W tym miejscu warto jeszcze przytoczyć stanowisko Sądu Okręgowego przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 lutego 2023 r. (sygn. akt XXIII Zs 162/22):

„Odrzucenie oferty, zgodnie z przepisami Pzp, winno zatem nastąpić jeszcze przed zaproszeniem na aukcję i do takiego odrzucenia w przypadku jednego z wykonawców w niniejszym postępowaniu też doszło. Skoro zatem Zamawiający zaprosił Konsorcjum do udziału w aukcji, to logiczną przyczyną powyższego jest, iż oferta Konsorcjum została oceniona przez Zamawiającego właśnie jako oferta niepodlegająca odrzuceniu. (...)

Sąd Okręgowy stoi też na stanowisku, że ze względu na charakter postępowania w sprawie o udzielenia zamówienia publicznego, kluczową rolę odgrywa czas podejmowania poszczególnych czynności zarówno przez samego zamawiającego, jak i wykonawców, którzy decydują się na skorzystanie z dostępnych środków ochrony prawnej. Z tej też przyczyny ramy czasowe do wnoszenia odwołania są precyzyjnie wskazane w art. 515 Pzp i są tam ustalone jako 5 - 15 dni liczonych od „przekazania informacji o czynności zamawiającego”, ewentualnie jako „od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę” wniesienia odwołania. Okolicznością stanowiącą podstawę wniesienia odwołania było natomiast uzyskanie wiadomości o ocenie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum jako nie podlegającej odrzuceniu. Konsorcjum otrzymało bowiem zaproszenie na aukcję elektroniczną, co zgodnie z art. 232 PZP oznaczało, iż w wyniku badań i oceny ofert oferta Konsorcjum nie została uznana jako podlegająca odrzuceniu.

Kluczowa na tle niniejszego stanu faktycznego jest zatem, słusznie wyeksponowana przez KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polegająca na konieczności zgłaszania w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Ponadto celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi

łączonego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 maja 2021 r., sygn. akt XIII Zs 28/11). Aktualny jest tu też pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością, a zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym.

Stosownie też do art. 515 ust. 3 Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 przepisu wnosi się w terminie 10 dni od powzięcia, lub przy zachowaniu należytej staranności — możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, niepodlegającego przywróceniu, uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej. Równocześnie instytucji wyjaśniania treści SWZ nie można wykorzystywać w celu wydłużenia terminu na wniesienie odwołania (tak. KIO w wyroku z 26 marca 2021 r., KIO 597/21).”

Odwołanie zostało wniesione w dniu 9 grudnia 2024 r., co oznacza, że zarzut nr 1 został podniesiony po upływie terminu określonego w ustawie, a w konsekwencji odwołanie w zakresie tego zarzutu podlegało odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji, gdy część zarzutów odwołania zostało podniesionych po upływie ustawowego terminu.

Jedynie dodatkowo należy wyjaśnić, że w przypadku odwołania na odrzucenie oferty wykonawcy i nieskierowanie go do aukcji elektronicznej, termin na jego wniesienie należy liczyć od dnia przedstawienia wykonawcy przez Zamawiającego uzasadnienia tej czynności – co w praktyce na ogół ma miejsce dopiero w ramach informacji po wyborze oferty najkorzystniejszej, o której mowa w art. 252 ustawy Pzp. Poznanie uzasadnienia odrzucenia oferty jest bowiem konieczne do sformułowania zarzutów odwołania – inaczej niż w przypadku odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty. Zamawiający nie przedstawia wykonawcom uzasadnienia dlaczego daną ofertę uznał za niepodlegającą odrzuceniu.

W związku z uznaniem zarzutu nr 1 za podlegający odrzuceniu Izba nie uwzględniła wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki i inżynierii maszyn górniczych, aby wykazać, że 1) wysokość urabiania dla kombajnu z oferty wykonawcy Eickhoff o wysokości (a) 1631 mm wynosi 4087 mm i (b) o wysokości 1618 mm wynosi 4074 mm; 2) pole przekroju poprzecznego pomiędzy kombajnem z oferty Eickhoffa a blachą denną przenośnika wynosi 0,43 m².

Izba nie uwzględniła również wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M.A. wykazującego, że: 1) oferta wykonawcy Eickhoff jest niezgodna z SWZ; 2) wysokość urabiania dla kombajnu z oferty wykonawcy Eickhoff o wysokości (a) 1631 mm wynosi 4040 mm i (b) o wysokości 1618 mm wynosi 4027 mm; 3) pole przekroju poprzecznego pomiędzy kombajnem z oferty wykonawcy Eickhoff a blachą denną przenośnika wynosi 0,43 m²; 4) wykonawca Eickhoff przedstawił w ofercie rysunki techniczne dwóch różnych maszyn lub części technicznych odnoszących się do innej maszyny, w tym jednostka transportowa kombajnu o wysokości — 1600 mm powinna mierzyć co najmniej 1800 mm; 5) skrzynia przekładniowa o wymiarach 885x700x865 mm wygląda inaczej na rysunku niż skrzynia o wymiarach 1210x993x703 mm. Pan M.A. brał bowiem udział w posiedzeniu i rozprawie jako pełnomocnik Odwołującego. Ponadto, w odniesieniu do okoliczności wskazanych w pkt 1 – 4 także z tego powodu, że Izba uznała zarzut nr 1 za podlegający odrzuceniu. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że w odwołaniu nie wyjaśniono dlaczego zeznania ww. osoby miałyby dowodzić niezgodności oferty wykonawcy Eickhoff z warunkami zamówienia czy też potwierdzać posiadanie przez oferowany przez tego wykonawcę kombajn określonych parametrów. Ponadto, niezgodność oferty z SWZ (pkt 1) stanowi ocenę, a nie fakt podlegający dowodzeniu.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 107 ust. 4 ustawy Pzp i art. 362 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie przez Zamawiającego uprawnień i wzywanie wykonawcy Eickhoff do poprawienia oferty i usunięcia jej braków poprzez tworzenie w niej treści uprzednio niezawartych

oraz

zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez umożliwienie wykonawcy Eickhoff zmiany oferty i faworyzowanie w ten sposób tego wykonawcę wobec Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że trzy wezwania wystosowane przez Zamawiającego do wykonawcy Eickhoff należy uznać za niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że skoro Zamawiający zdecydował się na procedurę

odwroconą zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, to badanie i ocenę ofert powinien był przeprowadzić po ich otwarciu. Po wybraniu oferty najwyższej ocenionej w aukcji elektronicznej Zamawiający powinien zbadać jedynie kwalifikacje podmiotowe wykonawcy, a nie – jak to zrobił kierując do wykonawcy Eickhoff trzy wezwania – ponownie badać i oceniać ofertę tego wykonawcy. Kwestie, których wyjaśnienia domagał się Zamawiający w Wezwaniu nr 1, wystosowanym na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, nie dotyczyły podmiotowych środków dowodowych, lecz dotyczyły treści oferty wykonawcy Eickhoff, tj. dowodów przedmiotowych. Zamawiający nie powinien umożliwić wykonawcy Eickhoff poprawienie oferty, która podlegała odrzuceniu. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia treści oferty powinny się ograniczać jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści, jakie zawiera ta oferta. Zdaniem Odwołującego wezwania oraz składane przez wykonawcę Eickhoff wyjaśnienia stanowiły niedopuszczalny dialog pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą Eickhoff. Odwołujący stwierdził, że wezwania doprowadziły do poczynienia przez wykonawcę Eickhoff nieuprawnionych zmian, bez których jego oferta była niezgodna z SWZ, a więc Zamawiający powinien był ją odrzucić. Po pierwsze, wykonawca Eickhoff zmienił średnicę organów urabiających (pkt 3.2.1 uzasadnienia odwołania). Po drugie, wykonawca Eickhoff zmienił wysokość kombajnu (pkt 3.2.2 uzasadnienia odwołania). Po trzecie, wykonawca Eickhoff zmienił typ kombajnu oraz usunął jego wagę (pkt 3.2.3 uzasadnienia odwołania). Po czwarte, wykonawca Eickhoff poprawił wymiary skrzyni przekładniowej (pkt 3.2.4 uzasadnienia odwołania). Po piąte, wykonawca Eickhoff poprawił błędy formalne oferty (pkt 3.2.5 uzasadnienia odwołania).

Izba ustaliła, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Zamawiający wystosował do wykonawcy Eickhoff trzy wezwania do wyjaśnienia / uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą - pismo z 2 października 2024 r. (dalej: „Wezwanie nr 1”), pismo z 17 października 2024 r. (dalej: „Wezwane nr 2”) oraz pismo z 12 listopada 2024 r. (dalej: „Wezwanie nr 3”). Jako podstawę prawną Wezwania nr 1 Zamawiający wskazał przepis art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp. Wezwanie nr 2 oraz Wezwanie nr 3 nie zawiera informacji o podstawie prawnej.

W wezwaniu nr 1 Zamawiający wskazał m.in.:

„2. Zamawiający w pkt. III. 57 lit. c), III. 59 oraz IV. 10 Charakterystyki technicznej dokonał modyfikacji zapisów. Komisja przetargowa stwierdziła, iż wykonawca Eickhoff sp. z o.o. złożył Charakterystykę techniczną zgodną ze wzorem sprzed modyfikacji. W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 PZP wzywa wykonawcę do uzupełnienia o Charakterystykę techniczną zgodną ze wzorem po modyfikacji z dnia 09.09.2024 r. oraz uwzględniającą poniższe rozbieżności.

3. Zamawiający w pkt. III. Parametry techniczne ppkt 4 lit. a) oraz w pkt. IV. Wyposażenie dodatkowe ppkt 4 i 5 Specyfikacji technicznej wymagał, aby organy urabiające miały średnicę \varnothing 2 000 mm \pm 10% (w sumie 3 komplety organów).

Wykonawca w pkt. III. ppkt 4 lit. a) Charakterystyki technicznej wskazał organy o średnicy \varnothing 2 000 mm, w pkt. IV. 4 i 5 Charakterystyki technicznej wskazał organy o średnicy \varnothing 2 200 mm, natomiast w dokumencie pn. Przegląd jednostek transportowych wskazał organy w liczbie 2 sztuk o średnicy \varnothing 1 400 x 800 mm.

W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 PZP wzywa wykonawcę do wyjaśnienia, ile kompletów organów i jakiej średnicy dostarczy wykonawca.

4. Zamawiający w pkt. III. Parametry techniczne ppkt 7 Specyfikacji technicznej wymagał, aby maksymalna wysokość kombajnu bez osłon ociosowych mierzona od spągu wynosiła 1 700 mm. Wykonawca w pkt. III. 7 Charakterystyki technicznej wskazał, że wysokość kombajnu bez osłon ociosowych mierzona od spągu wynosi 1 631 mm, natomiast w dokumencie pn. Charakterystyka techniczna kombajnu typu Eickhoff SL-300/EP wskazał, że wysokość kombajnu bez osłon ociosowych mierzona od spągu wynosi 1 634 mm. W związku z powyższym zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia powyższej rozbieżności.”

W Wezwaniu nr 2 Zamawiający wskazał m.in.:

„1. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, w ramach wyjaśnień z dnia 09.10.2024 r. zadeklarował, iż dostarczy do Zamawiającego organy urabiające o następujących wymiarach i ilościach:

a. organy urabiające \varnothing 2 000 o zabiorze 800 mm — ilość 1 komplet (na komplet składają się 1 organ prawy i 1 organ lewy; razem 2 szt.),

b. organy urabiające \varnothing 2 000 o zabiorze 600 mm — ilość 2 komplety (na komplet składają się 1 organ prawy i 1 organ lewy; razem 4 szt.).

Jednocześnie w Charakterystyce technicznej w pkt IV ppkt 4 i 5 oraz w dokumencie pn. Charakterystyka techniczna

kombajnu typu Eickhoff SL-300/EP na stronie 14 i 15 wykonawca wskazał komplet organów urabiających $\pm 2\ 000\ \text{mm} \pm 10\%$.

W związku z powyższym zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnienia powyższej rozbieżności.”

Zamawiający wyjaśnił, że w Postępowaniu przewidział procedurę odwróconą, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, oraz aukcję elektroniczną. Zamawiający stwierdził, że dopiero po przeprowadzeniu aukcji był uprawniony i zobowiązany do dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że wystosowane wezwania dotyczyły podmiotów środków dowodowych. Na potwierdzenie tego stanowiska Zamawiający powołał się na postanowienia zawarte w pkt 17.1, 7.1 oraz 10.1.8 SWZ, pkt VI Specyfikacji technicznej oraz § 9 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zgodnie z pkt 17.1 SWZ: „Zamawiający przeprowadzi postępowanie z wykorzystaniem „procedury odwróconej”, przewidzianej w art. 139 PZP, tzn. najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 10.1.8 SWZ: „W oparciu o przepis art. 126 ust. 2 PZP zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt 6 oraz 7.1 SWZ: (...) oświadczenia i dokumenty wskazane w treści Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ.”

Zgodnie z pkt 7.1 SWZ: „O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

7.1.1. sytuacji finansowej,

7.1.2 zdolności technicznej.”

Zgodnie z pkt VI Specyfikacji technicznej (stanowiącej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia): „Dokumenty wymagane wraz z ofertą

1 Rysunek poglądowy/szkic/kombajnu w trzech rzutach wraz z podstawowymi wymiarami.

2 Wykaz elementów transportowych kombajnu wraz z podaniem ich wymiarów i mas na jednostkach transportowych. Rysunki jednostek transportowych stanowią załącznik do SIWZ.

3. Schemat instalacji zraszania i chłodzenia.

4. Charakterystyka techniczna, określająca w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazane przez Zamawiającego parametry techniczne przedmiotu zamówienia w wyznaczonym przez niego zakresie, dopuszczalnym odchyleniu, wariancie lub równoważności podanymi w Specyfikacji technicznej.”

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) w przypadku dostarczania produktów:

a) próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego,

b) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.”

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 227 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.

Mając na uwadze wskazane powyżej postanowienia SWZ oraz przepisy prawa Izba uznała, że dokumenty, o których mowa w pkt VI Specyfikacji technicznej nie stanowią – jak twierdził Zamawiający – podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Aby określone oświadczenia lub dokumenty mogły stanowić podmiotowe środki dowodowe, to przede wszystkim zamawiający musi określić warunek udziału w postępowaniu, który wykonawcy będą obowiązani spełnić. Podmiotowe środki dowodowe służą dokonaniu przez zamawiającego oceny, czy wykonawca spełnia określony warunek udziału w postępowaniu poprzez porównanie treści podmiotowego środka dowodowego z treścią warunku udziału w postępowaniu. Przykładowo, jeżeli zamawiający ustanawia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej poprzez wskazanie wymaganego doświadczenia w realizacji określonych usług to żąda jako podmiotowego środka dowodowego wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W ramach dokonywania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy zamawiający bada na podstawie złożonego wykazu usług i dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie usług, czy wykonawca posiada wymagane doświadczenie, które zostało wskazane w opisie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 116 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Natomiast w SWZ obowiązującym w Postępowaniu nie został określony żaden warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej wykonawcy. W konsekwencji należało uznać, że dokumenty wskazane w pkt VI Specyfikacji technicznej nie mogą stanowić podmiotowych środków dowodowych. Dodatkowo należy zauważyć, że w SWZ ani Specyfikacji technicznej nigdzie wprost nie wskazano, że dokumenty wymienione w pkt VI Specyfikacji technicznej stanowią podmiotowe środki dowodowe. W pkt 10.1.8 SWZ, na który powołał się Zamawiający, stwierdzono jedynie, że zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w pkt 6 oraz 7.1 SWZ: (...) oświadczenia i dokumenty wskazane w treści Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ." W pkt VI Specyfikacji technicznej dokumenty tam wymienione również nie zostały wprost oznaczone jako podmiotowe środki dowodowe, a jedynie dokumenty wymagane wraz z ofertą. Przede wszystkim jednak, jeszcze raz należy podkreślić, że w Postępowaniu nie został określony żaden warunek udziału w postępowaniu, celem wykazania którego miałyby te środki dowodowe być złożone przez wykonawcę. W ocenie składu orzekającego Izby dokumenty wymienione w pkt VI Specyfikacji technicznej służyły dokonaniu przez Zamawiającego przedmiotowego badania ofert złożonych w Postępowaniu, tj. sprawdzenia czy przedmiot oferty (kombajn ścianowy) odpowiada ustalonym przez Zamawiającego warunkom dotyczącym przedmiotu zamówienia. Wymaga zauważenia, że ww. dokumenty zostały wskazane w Specyfikacji technicznej, która zgodnie z pkt 4.2 SWZ stanowi szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (a nie opis warunków udziału w postępowaniu). Zdaniem składu orzekającego Izby należy odrzucić zaprezentowaną przez Zamawiającego interpretację postanowień SWZ, która narusza przepisy ustawy Pzp.

W związku z powyższym, wzywianie wykonawcy Eickhoff do wyjaśnienia ww. dokumentów na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że działanie Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Pomimo częściowego podzielenia stanowiska Odwołującego, Izba uznała, że zarzut nr 2, jak również związany z nim

zarzut nr 3, nie podlegają uwzględnieniu.

Zarzut nr 2 został skonstruowany w następujący sposób: zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 107 ust. 4 ustawy Pzp i art. 362 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie przez Zamawiającego uprawnień i wzywanie wykonawcy Eickhoff do poprawienia oferty i usunięcia jej braków poprzez tworzenie w niej treści uprzednio niezawartych. Po pierwsze, samo przekroczenie przez Zamawiającego uprawnień w zakresie kierowania wezwań do wykonawcy Eickhoff nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania, w ramach którego Odwołujący żąda odrzucenia oferty wykonawcy Eickhoff. Należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W kontekście zarzutów i żądań odwołania z naruszeniem przepisów ustawy, które ma wpływ na wynik postępowania, mielibyśmy do czynienia, gdyby Izba stwierdziła naruszenie przepisu art. 126 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eickhoff i w konsekwencji zaproszenie tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej. Natomiast naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z wystosowanymi do wykonawcy Eickhoff wezwaniami nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Należy bowiem zauważyć, że nawet gdyby Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie skierowanych do wykonawcy Eickhoff wezwań (choć trzeba zauważyć, że takie żądanie nie zostało postawione w odwołaniu), to pozostałaby treść oferty (wraz z załącznikami) nieuwzględniająca udzielonych wyjaśnień. Jednakże zarzuty w odniesieniu do pierwotnej wersji oferty na obecnym etapie podlegałyby odrzuceniu jako spóźnione – tak jak to miało miejsce w przypadku zarzutu nr 1.

Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że w przypadku zagadnień omówionych w pkt 3.2.3 oraz 3.2.4 Odwołujący wskazuje na zmodyfikowaną treść oferty wykonawcy Eickhoff, która to modyfikacja nie stanowiła odpowiedzi na żadne z wezwań Zamawiającego – zmiany zostały dokonane „przy okazji” składania wyjaśnień. Oznacza to, że w ww. zakresie uzasadnienie odwołania nie koresponduje z treścią postawionego zarzutu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: